

**TRIBUNAL SUPREMO**  
**Sala de lo**  
**Contencioso-Administrativo**

Sección: SÉPTIMA

SENTENCIA

**Fecha de Sentencia:** 22/05/2015

**RECURSO CASACION**

**Recurso Núm.:** 95/2014

**Fallo/Acuerdo:** Sentencia Desestimatoria

**Votación:** 20/05/2015

**Procedencia:** AUD.NACIONAL SALA C/A. SECCION 6

**Ponente:** Excmo. Sr. D. Jorge Rodríguez-Zapata Pérez

**Secretaría de Sala :** Ilmo. Sr. D. José Golderos Cebrián

**Escrito por:**

**Nota:**

Procedimiento especial de protección de derechos fundamentales.  
Sanción de la Comisión Nacional de la Competencia: Sanción de 29.950.000 € a France Telecom por aplicación de precios excesivos en los servicios mayoristas de verificación y determinación de mensajes cortos SMS y MMS de ámbito nacional en redes de telefonía móvil.  
Incongruencia por omisión. Respuesta con motivación in aliunde.  
Principio de culpabilidad e ilegalidad de la conducta de las personas jurídicas: Doctrina jurisprudencial.  
Vulneración inexistente de principio acusatorio.  
Omisión de pruebas en la vía administrativa sancionadora

**RECURSO CASACION Num.: 95/2014**

**Votación: 20/05/2015**

**Ponente Excmo. Sr. D.: Jorge Rodríguez-Zapata Pérez**

**Secretaría Sr./Sra.: Ilmo. Sr. D. José Golderos Cebrián**

## **S E N T E N C I A**

**TRIBUNAL SUPREMO.  
SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO  
SECCIÓN: SÉPTIMA**

**Excmos. Sres.:**

**Presidente:**

**D. Jorge Rodríguez-Zapata Pérez**

**Magistrados:**

**D. Nicolás Maurandi Guillén  
D. Pablo Lucas Murillo de la Cueva  
D<sup>a</sup>. Celsa Pico Lorenzo  
D. José Díaz Delgado**

---

En la Villa de Madrid, a veintidós de Mayo de dos mil quince.

La Sección Séptima de la Sala Tercera del Tribunal Supremo ha conocido, con la composición que más arriba se expresa, del recurso de casación interpuesto por la entidad mercantil **France Telecom España, S.A.**, representada por el Procurador de los Tribunales **Don Roberto Alonso Verdú**. Impugna la sentencia dictada el 31 de octubre de 2013

por la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional en procedimiento para la protección de derechos fundamentales.

Han sido partes recurridas la **Administración General del Estado**, representada y defendida por **el Abogado del Estado**, así como las entidades **Vodafone España, S.A.**, representada por el Procurador **don Césareo Hidalgo Senén**.

Ha intervenido **el Ministerio Fiscal**.

### **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** La Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional ha conocido de un recurso, tramitado por el procedimiento especial para la protección de los derechos fundamentales de la persona, registrado en ella con el número 1/2013.

Lo interpuso la representación procesal de la entidad “France Telecom España”, S.A. contra la resolución de la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia de 19 de diciembre de 2012 en el expediente sancionador S/0248/10 (Mensajes Cortos), en lo que afecta a France Telecom, incoado por la Dirección de Investigación de la Propia Comisión Nacional de Defensa de la Competencia contra Telefónica Móviles (TME) Vodafone España, S.A.U (VODAFONE) y France Telecom España, S.A. (siendo ORANGE una Compañía controlada por el Grupo France Telecom) por considerar que han llevado a cabo prácticas restrictivas de la competencia prohibidas en el artículo 2 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencias y en el artículo 102 del actual Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.

**SEGUNDO.-** El 31 de octubre de 2013 la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional dictó sentencia, cuya parte dispositiva es del siguiente tenor literal:

**"F A L L O**

*En atención a lo expuesto la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional ha decidido:*

**DESESTIMAR**

*el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la representación procesal de la entidad FRANCE TELECOM ESPAÑA, S.A , contra la resolución del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia de fecha 19 de diciembre de 2012, a que las presentes actuaciones se contraen y, en consecuencia, confirmar la resolución impugnada por su conformidad a Derecho, en cuanto a los motivos impugnatorios analizados.*

*Con expresa imposición de costas a la parte actora".*

**TERCERO.-** La sentencia acepta, por remisión, los razonamientos de la resolución administrativa impugnada en lo que se refiere al análisis de la estructura global del sector de la telefonía móvil y, en particular, de los elementos específicos que entiende exigibles para determinar en dicha estructura el dominio colectivo de un oligopolio de empresas y concluir si los mismos se aplican en los mercados considerados.

En el tercero de sus fundamentos de Derecho transcribe una parte del fundamento de derecho octavo y todo el fundamento jurídico noveno de la extensa resolución sancionadora.

La Sala de instancia los hace suyos en los siguientes términos:

*«[...] En definitiva, la doctrina exige que se den los elementos estructurales que faciliten que los operadores tengan el incentivo y la capacidad de alinear sus comportamientos en detrimento del funcionamiento competitivo del mercado y en perjuicio en último caso de los consumidores.*

*Esto supone que los operadores, en este caso TME, VODAFONE y ORANGE, deben tener un incentivo común, esto es, un interés en alinear su comportamiento en un determinado sentido. Ese incentivo a no apartarse de la línea de conducta común debe ser fuerte o, complementariamente, debe serlo la capacidad de infringirse un daño significativo entre competidores mediante represalias. La transparencia del mercado debe ser suficiente para permitirles saber que todos pueden beneficiarse de ese comportamiento interdependiente*

así como verificar que esa es la estrategia que se sigue. Por último, la reacción previsible de los competidores actuales y potenciales y de los consumidores no ha de cuestionar los resultados esperados de la línea de acción común.

En el mercado de referencia que estamos analizando la oferta está compuesta por los tres operadores de red móvil mencionados y la demanda por los potenciales prestadores de servicios móviles. En el caso de integración vertical, el propio prestador de servicio móvil establece y opera una red móvil. En este sentido, es importante tener en cuenta que estamos ante operadores presentes simultáneamente en diferentes mercados ascendentes y descendentes, y que sus estrategias en un mercado pueden venir condicionadas por las implicaciones que tengan tales estrategias sobre sus ingresos y de rentabilidad en mercados relacionados.

Las barreras de acceso a este mercado mayorista del acceso y la originación son insalvables, máxime si nos centramos en el periodo analizado. Hay que establecer y operar una red móvil propia y, para ello, es indispensable disponer del espectro radioeléctrico que permita establecer la correspondiente red de acceso desde el abonado hasta las estaciones base.

Es cierto que durante el periodo de análisis un cuarto operador, al que se le había concedido licencia en 2001, se disponía a entrar en el mercado (entonces Xfera). Pero dado que no disponía de una red completa desplegada, necesitaba de los OMR [Operadores de Red Móviles] "el suministro de servicios de itinerancia nacional, para todas las llamadas originadas por sus clientes fuera de la zona de cobertura geográfica de su propia red. Es decir, lejos de ser un competidor en la oferta de servicios de acceso y originación era un demandante de los mismos. De hecho, el acuerdo de itinerancia nacional entre XFERA y VODAFONE (entonces AIRTEL MÓVIL, S.A.) el 8 de agosto de 2001 se firmó por imposición regulatoria. A principios de 2006 la entonces XFERA (actualmente YOIGO) no había iniciado su lanzamiento comercial.

Según la propia CMT, estas barreras de entrada resultan más insalvables en tanto en cuanto el mercado ya está alcanzando su madurez en términos de penetración de líneas. En estas condiciones, es poco probable que se desplieguen nuevas redes y, por tanto, que el número de oferentes en el mercado del acceso y de la originación crezca.

De todo ello se deduce que los operadores titulares del uso del espectro controlan una de las que, sin duda, constituye "instalación esencial" para los operadores interesados en prestar servicios en los mercados descendentes y que la elasticidad de la demanda es reducida. Corroboran este hecho alegaciones de las partes (ORANGE) que reconocen que la demanda de los OMV [Operadores Móviles Virtuales] "en lo que se refiere a la originación de mensajes cortos resulta rígida. A ello debe añadirse los elevados costes de

*cambio de suministrador que conllevan este tipo de servicios. Prueba de ello es que sólo YOIGO y EUSKALTEL han cambiado de OMR host en los últimos años.*

*Todo ello favorece que los OMR en el periodo objeto de análisis hayan tenido poder de mercado y estén en disposición de ejercerlo.*

*Por otra parte, no es previsible que se desarrolle una competencia efectiva entre ellos por captar OMV para prestarles sus servicios de acceso y originación. Como exponía la CMT en su informe:*

*"A tenor de las características estructurales analizadas, los operadores móviles presentes en el mercado de referencia tienen un elevado incentivo a denegar el acceso a los servicios mayoristas a terceros agentes, que pudieran utilizarlos para la prestación de servicios minoristas de telefonía móvil, en competencia con ellos. Al negar el acceso en el mercado mayorista, priva a los operadores demandantes de la posibilidad de competir en el mercado minorista. De esta forma, se reservan dicho mercado, manteniendo el modelo de competencia que han desarrollado y los niveles tan altos de rentabilidad sin la amenaza de un/os nuevo/s competidor/es (que puedan alterar la situación "statu quo"). La única contrapartida es la pérdida de los ingresos correspondientes al acceso, que en todo caso, representarían un porcentaje reducido en comparación con los ingresos que pudieran obtener por el servicio móvil minorista."*

*La ganancia que les reporta competir y captar clientes en el mercado mayorista a precios competitivos no habría compensado el perjuicio que podía generarles el que los OMV accedieran gracias a estos servicios al mercado minorista. Debe señalarse en este sentido que en su Resolución de 2006 la CMT señalaba la existencia de ciertos problemas de competencia en los mercados minoristas. Entre otros:*

*"La existencia de un número limitado de competidores, con licencia para el uso del espectro, y debido a ello con estrategias competitivas muy similares. Como consecuencia de ello el mercado encuentra dificultades para disciplinar a dichos operadores y empujar la transferencia de las mejoras de productividad hacia los usuarios. Tampoco el constatable nivel de competencia alcanzado ha sido suficiente para mejorarla transparencia en la facturación ni para adaptarlas ofertas a las necesidades de un amplio horizonte de usuarios". (...)*

*Ello ha producido una situación de precios relativamente estables en el tiempo con una tendencia a la baja que aparentemente no se corresponde con el muy superior incremento de actividad, las*

*indudables economías de escala y alcance asociadas a la evolución del mercado, y la evolución de los costes.*

*En ese sentido los usuarios no estarían recibiendo dichas mejoras de productividad que estarían (debido a deficiencias de funcionamiento del mercado), siendo retenidas por los operadores o transmitidas exclusivamente a aquellos usuarios con demandas asociadas a los nuevos servicios y terminales".*

*En definitiva, en términos de la doctrina de dominancia colectiva: en el mercado analizado, para los tres OMR la ganancia a corto plazo resultante de la adopción de una conducta competitiva no supera los beneficios a largo plazo de una alineación de sus comportamientos que reduzca la competencia con respecto a sus ofertas comerciales a los OMV. La falta de interés por competir en este tipo de servicios está más que corroborada. De hecho, la mejor prueba es que hasta que no les obligó la CMT no ofertaron estos servicios. Y era un hecho que existía demanda potencial. Como dice la CMT en su Resolución de 2 de febrero de 2006:*

*"De hecho, ninguno de los tres operadores presentes en el mercado de referencia proporciona estos servicios a terceros hasta el momento presente, pese al interés mostrado por diversos agentes. Concretamente, diez operadores disponen de la licencia A 221 necesaria para prestar el servicio telefónico previsto en las licencias de tipo A, pero en su modalidad de servicio telefónico móvil. No sólo eso sino que hasta un total de 119 operadores disponen de las autorizaciones provisionales oportunas para la reventa del servicio telefónico móvil (autorizaciones que se han venido concediendo desde el año 2001)"*

*La CMT menciona en dicha Resolución que hasta entonces se habían producido varios conflictos de acceso y casos de negativa de suministro.*

*Pero una vez obligados a dar acceso, nada indica que los OMR tuvieran incentivo a competir agresivamente en la prestación de estos servicios y facilitar el acceso al mercado de los OMV.*

*Lejos de ello, TME, VODAFONE y ORANGE tienen o, al menos han tenido en el periodo objeto de análisis, unos incentivos significativos a aplicar unos elevados precios de originación. Con ello, incrementan sus propios ingresos al tiempo que provocan un aumento de los costes de sus competidores en todos los servicios minoristas que conllevan la prestación de los servicios mayoristas de originación, y en particular en todos los servicios minoristas de mensajes cortos. El incentivo a sostener esta estrategia es muy fuerte puesto que con ella nada tienen que perder ninguno de los tres OMR y, por el contrario, los tres ganan, cosa que no sucede con la alternativa de*

competir de manera efectiva en la prestación de servicios de acceso y originación de llamada.

No sólo tienen el incentivo a aplicar unas condiciones onerosas en estos servicios. También tienen la capacidad de hacerlo dado el menor poder negociador de los OMV y los costes de cambio que enfrentan, como ya se ha razonado.

Las alegaciones de las partes niegan que el mercado sea lo suficientemente transparente para favorecer la coordinación de comportamientos competitivos.

La Sentencia del TJUE de 10 de julio de 2008, Asunto C-413/06 P explica qué sentido se le debe dar al requisito de transparencia en el análisis de dominancia colectiva:

"125. Ahora bien, en el marco de la aplicación de tales criterios es necesario evitar el modo de proceder mecánico que consiste en verificar por separado cada uno de ellos tomados aisladamente, ignorando con ello el funcionamiento económico global de una hipotética coordinación tácita.

126. A este respecto, la apreciación de la transparencia en un mercado dado, por ejemplo, no debería hacerse de forma aislada y abstracta, sino teniendo presente lo que es el funcionamiento de una posible coordinación tácita. En efecto, sólo teniendo en cuenta semejante hipótesis es posible verificar si los posibles elementos de transparencia existentes en un mercado son efectivamente capaces de facilitar la definición tácita de una línea de actuación común y de permitir a los competidores de que se trate vigilar de forma suficiente si se respetan los modos de proceder de tal línea de actuación. A este respecto, a los fines del análisis de la sostenibilidad de una coordinación tácita pretendida, es necesario tener en cuenta los mecanismos de vigilancia que pudiesen ser accesibles a los participantes en la coordinación tácita alegada, con el fin de verificar, si, debido a dichos mecanismos, les es posible conocer, de manera suficientemente precisa e inmediata, la evolución del comportamiento de mercado de los demás participantes en esa coordinación."

El Consejo considera que los elementos de transparencia existentes en este mercado y en los mercados conexos son efectivos para facilitar la sostenibilidad de este comportamiento interdependiente. Así:

- Es notorio que OMR actúa de host para cada OMV. De esta forma, si algún OMR hiciera ofertas agresivas de precios a los OMV y les atrajera, se detectaría. Esto supone que el cambio de cliente (o la falta de cambio) son reveladoras de las estrategias de los OMR. En este sentido, los OMR no



*precisan conocer al detalle la oferta del competidor para alinear sus estrategias, ni que los contratos sean homogéneos entre sí. Basta con que las condiciones comerciales sean exigentes, de manera que la capacidad de competir de los OMV en los mercados minoristas se vea resentida.*

*- Pero es que incluso el hecho de que los OMV puedan negociar con los tres OMR facilita el conocimiento recíproco de estas ofertas. Pueden operar los denominados mecanismos de "hub & spoke", que suponen que es el propio cliente el que, al intentar que unos u otros oferentes le mejoren la oferta recibida, extiende la información. De hecho los OMR exponen en sus alegaciones como los OMV negocian simultáneamente con todos los OMR para tratar de obtener mejores condiciones (folios 4163, 4399, 3271-72). Este es un rasgo que sin lugar a dudas mejora la transparencia sobre las condiciones de oferta, al menos en lo que respecta a los OMR, que tienen un conocimiento más o menos detallado de las ofertas que se realizan a los distintos OMV. Todo ello sin perjuicio de que alcanzado el acuerdo OMR/OMV, se pueda considerar el mismo confidencial. Por otro lado, esta forma de negociar no evita que la información de que disponen los OMV sea asimétrica, esto es, no conocen las condiciones en las que operan otros OMV competidores, lo cual puede restarles poder en las negociaciones con los OMR.*

*- La política de precios de los OMV en los mercados minoristas de mensajes cortos es también un indicador revelador. Si un OMV es capaz de ofertar condiciones más agresivas en los mercados minoristas de mensajes cortos, ello puede ser indicativo de que las condiciones en que recibe el servicio en los mercados mayoristas, en particular de acceso y originación, se lo permiten. En la medida en que se conoce que OMR mantiene acuerdos con cada OMV, resulta más evidente si aquel se está desalineando de la estrategia tácita común.*

*Por otro lado, como la DI justifica en su análisis, existen mecanismos de represalia en caso de que algún OMR se desalineara de la estrategia común. Caso de producirse que una estrategia de bajada significativa de precios mayoristas por parte de algún OMR los demás pueden replicarla porque tienen capacidad disponible para ello en sus redes. Por otro lado, el hecho de que estemos ante operadores que compiten simultáneamente en otros mercados amplía la capacidad de estrategias de represalia a otros ámbitos donde el ingreso que esta en juego es mucho mayor que el del acceso y originación. Además, se trata de operadores que mantienen vínculos estructurales entre sí mediante los necesarios acuerdos de interconexión, entre otros, para facilitar la terminación en las redes respectivas. Así las cosas, no puede negarse que la capacidad de represalia ha existido y que ha podido desarrollarse de formas diversas.*

*Pero, en cualquier caso, la necesidad de emplear esta capacidad de represalia para frenar una falta de alineamiento es remota. Ello porque el incentivo a sostener la estrategia de elevados precios en originación y a contener las reducciones es muy fuerte. Con ello, como ya se expuesto, no sólo elevan sus ingresos mayoristas sino que contribuyen a debilitar la presión competitiva de los OMV como competidores en los mercados minoristas. Unos competidores que, por sus características, es menos plausible que alineen sus estrategias competitivas con las de los operadores verticalmente integrados.*

*En definitiva, el beneficio a corto y largo plazo del alineamiento de estrategias competitivas en el mercado del acceso y de la originación es tal -y la falta de seguimiento de la estrategia común puede tener tales costes, más allá del mercado considerado- que lo más racional para los OMR es seguirla.*

*Los análisis de precios, ingresos, tráfico, costes y rentabilidad realizados por la DI con respecto a cada operador y para el conjunto del mercado son coincidentes con este diagnóstico.*

*Debe advertirse no obstante que los datos respecto de los servicios de originación de MMS” [Multimedia Messaging System] “presentan ciertos problemas. TME ha señalado que no puede proporcionar ni número ni ingresos de servicios de originación o finalización de MMS en OMVs puros (folios 857-858). Los datos aportados por ORANGE incluyen asimismo algunas limitaciones en cuanto al grado de desagregación (folio 1109). Hay que tener en cuenta además que el periodo de análisis es relativamente breve y que se corresponde con la puesta en marcha de estos servicios.*

*Los datos revelan un crecimiento del tráfico notable entre 2007 y 2010 (HP 5.37). Esto evidencia que efectivamente en años previos había demanda de servicios mayoristas de acceso y originación que esperaba ser satisfecha.*

*El ingreso medio en originación de SMS” [Short Messaging System] “presenta una progresiva disminución de los 3,5 c€/SMS a los 2,5 c€/SMS a lo largo del periodo 2007-2010 (HP 5.38). Por operadores, TME se sitúa en 2008 en ingreso medio en 2c€/SMS y permanece invariable el resto de años. Vodafone oscila entre 3 y 3,5c€/SMS y Orange va convergiendo a la cifra de 3 c€/SMS. En definitiva, se observa una cierta convergencia, puesto que si bien las diferencias de precio entre operadores alcanzaban los 4 c€/SMS se han ido reduciendo hasta suponer cerca de 1,5 c€/SMS.*

*En MMS el tráfico también crece, pero en el periodo objeto de análisis la dimensión del negocio minorista sigue siendo reducida (1,2 millones de MMS originados en 2010 frente a los 380 millones de SMS, HP 5.42).*

*Los precios medios de la originación en MMS son mucho más elevados, con un ingreso medio que se sitúa en torno a 25-30c €/MMS (HP 5.43), aunque aquí las dispersión de precios entre operadores es mucho mayor,*

fundamentalmente porque, según los datos proporcionados, TME sostiene invariable un ingreso medio por MMS de 100 c€/MMS, tres veces superior al de VODAFONE y diez veces superior al de ORANGE (HP 8.6, 9.6 y 10.6). Sorprende la cifra aportada por TME si tenemos en cuenta que su ingreso medio por MMS en el mercado minorista no supera los 75 c€/MMS en el periodo.

En cualquier caso, el hecho relevante es que, el ingreso medio de originación de cualquiera de los tres operadores resulta elevado en relación al ingreso medio que se obtiene en el mercado minorista (ver HP 8, 9 y 10). Si a ello se le suma el coste de la terminación, la diferencia que a los OMV les falta para cubrir el resto de sus costes comerciales y obtener un beneficio es ciertamente reducido. Esta observación es consistente con la baja tasa de penetración que alcanzado los OMV en el periodo considerado, que contrasta con la que se observa en otros países.

Por otra parte, el análisis de la DI revela que los márgenes de estos servicios de originación de mensajes cortos son elevados. La media de los márgenes de TME, VODAFONE y ORANGE en los servicios de originación de mensajes cortos son elevados para los SMS (supera el 250%, HP 6.6) y más aún para los MMS (más de 1800% en 2009). Aunque los márgenes individuales de cada operador presentan diferencias entre sí (HP 8.11, 9.11 y 10.11), este análisis individualizado no modifica la conclusión expuesta.

Cabe concluir que TME, VODAFONE y ORANGE han tenido el incentivo y la capacidad para alinear su comportamiento competitivo en el mercado de acceso y de originación mayorista, donde han seguido en el periodo objeto de análisis una estrategia que revela su posición de dominio colectiva, estrategia que resulta consistente con su conducta abusiva en los mercados mayoristas de servicios de terminación de mensajes cortos.

#### NOVENO. Ilícitud de la conducta

El artículo 2 de la LDC determina que:

"1. Queda prohibida la explotación abusiva por una o varias empresas de su posición de dominio en todo o en parte del mercado nacional.

2. El abuso podrá consistir, en particular, en:

a) La imposición, de forma directa o indirecta, de precios u otras condiciones comerciales o de servicios no equitativos...".

El artículo 102 del TFUE establece que: "Será incompatible con el mercado común y quedará prohibida, en la medida en que pueda afectar al comercio entre los Estados miembros, la explotación abusiva, por parte de una o más empresas, de una posición dominante en el mercado común o en una parte sustancial del mismo".

*De acuerdo con la doctrina nacional y comunitaria, el concepto de explotación abusiva es un concepto objetivo que se refiere a las actividades de una empresa o empresas en situación de posición dominante que mediante su conducta producen el efecto de obstaculizar, recurriendo a medios diferentes de los que rigen una competencia normal de productos o servicios basada en las prestaciones de los agentes económicos, el mantenimiento de la competencia efectiva. De lo anterior se deduce que el artículo 2 de la LDC y el artículo 102 del TFUE prohíben que se obstaculice la competencia, recurriendo a medios distintos a los propios de una competencia basada en los méritos. La prohibición que establece se justifica por el objetivo último de no causar perjuicios a los consumidores.*

*Por consiguiente, si bien la existencia de una posición dominante no priva a una empresa que se encuentra en dicha posición del derecho a proteger sus propios intereses comerciales cuando éstos se ven amenazados, no resultan lícitos los comportamientos cuyo objeto sea precisamente reforzar dicha posición dominante y abusar de ella en detrimento en última instancia de los consumidores.*

*En este sentido, como nos recuerdan las Orientaciones sobre las prioridades de control de la Comisión en su aplicación del artículo 82 del Tratado CE, conductas que constituyan directamente una explotación abusiva de los consumidores, por ejemplo, la aplicación de precios excesivamente altos, también pueden infringir el artículo 102 del TFUE y el artículo 2 de la LDC (apartado 7).*

*Como ha quedado establecido en el Fundamento de Derecho Séptimo, TME, VODAFONE y ORANGE ostentan una posición de dominio individual en los respectivos mercados de servicios mayoristas de terminación de mensajes cortos en los que son monopolistas. Puede asimismo concluirse, como se argumenta en el Fundamento de Derecho Octavo, que estos operadores mantienen colectivamente una posición de dominio en el mercado de la originación.*

*La DI ha acreditado, de acuerdo con los estándares que la doctrina jurisprudencial establece, que estos tres operadores habrían practicado en los respectivos mercados de servicios mayoristas de terminación de mensajes cortos en los que son oferentes, unos precios excesivos.*

*Tales precios son desproporcionados no solo respecto a los costes de cada operador, sino también respecto al resto de referencias que se han empleado como término de comparación y, en este sentido, resultan inequitativos.*

*Este abuso explotativo despliega sus efectos en el mercado mayorista, donde cada uno de estos operadores dominantes ha obtenido un beneficio supracompetitivo en los respectivos mercados donde son oferentes, que no se*

*ha visto amenazado por la competencia efectiva o potencial dadas las elevadas barreras de entrada existentes.*

*Pero aunque la conducta tenga lugar en el mercado mayorista sus efectos desbordan dicho ámbito.*

*El uso de los servicios de terminación de cada operador resulta imprescindible para todos los demás operadores del mercado, al objeto de permitir la realización de comunicaciones off-net.*

*El alto coste pagado por los servicios de terminación que marcan los tres OMR eleva los costes pagados por la terminación de mensajes cortos. Los operadores repercuten estos elevados costes en los precios minoristas que pagan los usuarios finales. De hecho, como se pone de manifiesto en los HP 8, 9 y 10, a pesar de los elevados costes pagados por la terminación los tres OMR obtienen márgenes positivos en el mercado minorista en el negocio de mensajes cortos. Este hecho se acentúa si observamos sólo el margen para los mensajes on-net, que no soporta el coste de terminación.*

*Luego, como se ha expuesto con detalle en el Fundamento de Derecho Séptimo con esta política de precios los OMR han elevado los costes de la terminación que han repercutido a los precios minoristas. La consecuencia de ello es que los consumidores han pagado precios minoristas que resultan superiores a lo que hubieran pagado en ausencia de unos costes de terminación tan elevados. Esto resulta consistente con el hecho de que el precio nominal de los mensajes cortos se haya sostenido en 15c€/SMS durante el periodo objeto de análisis y que su precio efectivo no se haya bajado significativamente de los 11 c€/SMS (HP 4.53). Similares conclusiones se extraen para los MMS (HP 4.69).*

*Además, como señala la DI "Este nivel elevado de precios en los servicios relacionados con los mensajes cortos nacionales, puede conllevar asimismo una limitación para la reducción de precios de los servicios de itinerancia internacional de mensajes cortos de carácter intracomunitario por debajo de los precios máximos establecidos para estos servicios de itinerancia en el correspondiente Reglamento comunitario, al establecer un nivel general de referencia elevado para los precios de servicios de mensajes cortos".*

*Por otro lado, con su conducta explotativa los OMR han logrado, al menos temporalmente, reforzar su poder de mercado y elevar las barreras a la entrada en los mercados minoristas, lo que constituye como se ha expuesto en el Fundamento de Derecho Séptimo un rasgo característico de una conducta abusiva.*

*En este sentido, la conducta de los OMR en los mercados de servicios mayoristas de originación ha venido a reforzar los efectos de la estrategia descrita. Ha de recordarse que hasta el año 2006 los OMR no ofrecieron los*

*servicios de acceso y originación imprescindibles para la entrada de terceros operadores. Cuando por imposición de la CMT se vieron obligados a hacerlo en 2006, lo hicieron en condiciones que no favorecieron la entrada. Los Hechos Probados por la DI revelan que el coste de la originación ha sido elevado para los OMV, mientras los OMR han obtenido elevados márgenes en el periodo objeto de análisis por la prestación de este tipo de servicios. Como ya se ha puesto de manifiesto en el Fundamento de Derecho Octavo, el resultado es evidente: unos costes mayoristas más elevados restan capacidad a los OMV de competir en precios en mensajes cortos en los mercados minoristas y contribuyen a reforzar las barreras de entrada y expansión a las que se enfrentan.*

*Los OMR, por tanto, habrían trazado una política de precios en los servicios de acceso y originación consistente con la de los mercados de terminación: elevados precios mayoristas en originación y acceso contribuyen a sostener elevados precios minoristas de los mensajes cortos y generan mayores barreras de entrada y expansión a los OMV desde 2006. Este conclusión se ve acompañada con el hecho de que la cuota de mercado que los OMV y Yoigo han conseguido alcanzar en 2010 no llega todavía al 6% del mercado en términos de ingreso (Yoigo el 2,9%, y el conjunto de los OMVs el otro 2,3%).*

*Es por ello que el Consejo interpreta que la conducta de los OMR en el mercado de la originación no debe calificarse como una infracción autónoma del abuso que los OMR han cometido en sus respectivos mercados de terminación. Se trata de una conducta protagonizada por los mismos autores, que infringe el mismo precepto, que comparte las mismas coordenadas espacio temporales y que sirve al mismo propósito: obtener un beneficio extraordinario en los mercados mayoristas que, a su vez, sostenga los precios minoristas y eleve las barreras a la entrada de los OMV limitando su capacidad para competir.*

*No considera el Consejo que exista justificación objetiva que disipe el carácter abusivo de la conducta.*

*Las alegaciones de las partes subrayan la necesidad de analizar los precios y costes de las operadoras en su conjunto. Sólo de esta forma se tendrá una visión adecuada desde un punto de vista económico del negocio. Partiendo de este tipo de análisis concluyen que los márgenes globales han sido moderados, lo que revelaría una política de subvención cruzada entre servicios que reporta beneficios al consumidor. En algunas de las alegaciones este tipo de beneficios para el cliente se visualizan en la política de subvención los terminales.*

*En la línea de lo expresado en la Resolución de 12 de febrero de 2008 ya citada, los beneficios elevados no resultan en sí mismos objetables siempre y cuando existan mecanismos de mercados que los hagan expugnables. Sin embargo, cuando las barreras de entrada son tales -como sucede en el caso de los mercados de terminación y de originación- que la posición del operador u operadores no puede ser contestada, los mecanismos de mercado no han permitido corregir tal situación y, en ausencia de mecanismos regulatorios, se ha producido una conducta abusiva que ha afectado a mercados mayoristas y minoristas en el ámbito de los mensajes cortos.*

*Una visión más amplia del negocio a la hora de analizar ingresos y costes no modifica el hecho de que con esta estrategia los OMR han aumentado su margen, en detrimento de los clientes, mediante mecanismos que no se corresponden con una competencia basada en los méritos. De hecho, con su conducta han tratado de debilitar esa competencia proveniente de los OMV, los potenciales entrantes en estos mercados. Los OMR han tratado de preservar el beneficio supracompetitivo obtenido por medios que no favorecen al consumidor, dificultando el acceso posibles competidores o asegurando en los mercados mayoristas donde son dominantes unas condiciones que obstaculizan la competencia en los mercado minoristas. Debe recordarse, en este sentido, que la propia CMT ha puesto de manifiesto esta falta de intensidad competitiva en tales mercados. En cuanto a la política de subvención de terminales, debe recordarse que los costes que ello genera ya están incluidos en la contabilidad de las empresas y, por tanto, tenidos en cuenta en el cálculo del beneficio y en las valoraciones realizadas. Por otra parte, tampoco se debe olvidar que dicha subvención a terminales justifica las obligaciones de permanencia a que los consumidores se ven sujetos por los operadores y que suponen para aquellos una elevación de los costes de cambio lo cual, cuando menos, no es evidente que favorezca al consumidor en los términos en que ha sido implementada.*

*En conclusión el Consejo considera que se ha acreditado la existencia de una conducta de abuso de posición de dominio protagonizada por TME, VODAFONE y ORANGE en los respectivos mercados mayoristas de terminación de mensajes cortos, SMS y MMS. Estas conductas en el mercado de la terminación se habrían visto sostenidas desde el año 2006 por el desarrollo en el mercado de originación de estrategias de precios consistentes con aquéllas. En todo caso, la conducta de precios que se enjuicia es única y constituye una infracción del artículo 2 de la LDC y del artículo 102 del TFUE de la que son responsables, respectivamente, TME, VODAFONE y ORANGE.*

*Esta infracción se ha acreditado por la DI, de acuerdo con la información recabada, desde el año 2000 para TME y VODAFONE, y desde el*

*año 2004 para ORANGE hasta el año 2009, último año en el que la DI tuvo acceso a las contabilidades de costes de TME, VODAFONE y ORANGE."*

**CUARTO.-** Contra dicha sentencia anunció recurso de casación el 27 de noviembre de 2013 la entidad mercantil France Telecom España, S.A.; la Sala de la Audiencia Nacional lo tuvo por preparado el 10 de diciembre siguiente, acordando el emplazamiento a las partes y la remisión de las actuaciones a esta Superioridad.

**QUINTO.-** Por escrito registrado en esta Sala el 18 de febrero de 2014, el procurador don Roberto Alonso Verdú, en nombre y representación de la entidad France Telecom España, S.A., interpuso el recurso anunciado y, después de exponer los motivos que estimó pertinentes, pidió a la Sala que

"(...) previos los trámites oportunos, dicte en su día Sentencia casando y anulando dicha Sentencia, resolviendo con arreglo a lo previsto en el artículo 95.2, letras c) y d), declarando en su caso la vulneración de los derechos fundamentales de mi mandante y la consiguiente nulidad de pleno Derecho de la Resolución dictada por el Consejo Nacional de la Competencia el 19 de diciembre de 2012, recaída en el expediente S/0248/10, MENSAJES CORTOS".

**SEXTO.-** En providencia de 5 de junio de 2014 se declaró admitido a trámite el recurso y se remitieron las actuaciones a la Sección Séptima de la Sala, de conformidad con las normas de reparto de asuntos. Por diligencia de ordenación de 26 de junio de 2014 se dio traslado del escrito de interposición a las partes recurridas y al Ministerio Fiscal para que formalizaran su oposición.

**SÉPTIMO.-** El Fiscal, formuló alegaciones por escrito registrado el 12 de noviembre de 2014 y solicita del Tribunal que desestime el recurso de casación con imposición de costas a France Telecom S.A. de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 139.2 de la Ley 29/1998, de 13



de julio, reguladora de la Jurisdicción contencioso-administrativa (en adelante LRJCA).

**OCTAVO.-** El Abogado del Estado, por su parte, se opuso al recurso por escrito registrado el 1 de septiembre de 2014 en el que suplicó a la Sala que dicte sentencia desestime el recurso de casación, confirmando la sentencia recurrida con imposición de las costas a entidad recurrente.

**NOVENO.-** Por diligencia de ordenación de 14 de noviembre de 2014 se declara caducado el trámite de oposición concedido a la recurrida Vodafone España S.A.U. y se declaró concluso el procedimiento sin que presentase contrarrecurso.

**DÉCIMO.-** La providencia de 12 de enero de 2015 señaló para la votación y fallo el día 20 de mayo de 2015. En dicha audiencia se deliberó y falló el recurso, pero, al quedar en minoría la posición del Magistrado Ponente, Excmo. Sr., don José Díaz Delgado declinó la redacción de la resolución, a efectos del artículo 206 de la LOPJ y asumió la Ponencia y la redacción de lo acordado el Presidente de la Sección.

**VISTOS** los preceptos legales citados en la Sentencia y los demás de pertinente aplicación al caso.

Siendo Ponente el Excmo. Sr. D. **JORGE RODRÍGUEZ-ZAPATA PÉREZ**, Presidente de la Sección

### **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

**PRIMERO.-** La sentencia de la Audiencia Nacional recurrida en esta casación ha desestimado el recurso interpuesto por France Telecom España, S.A., (debe precisarse que Orange es una Compañía controlada por ese grupo de empresas) contra la resolución del Consejo

de la Comisión Nacional de la Competencia (en adelante CMC) dictada en el expediente sancionador S/0248/10 (Mensajes Cortos) contra Telefónica Móviles de España (TME), Vodafone España, S.A.U (Vodafone) y France Telecom España, S.A. (Orange), en el extremo que afecta a esta última entidad, por apreciar que ha llevado a cabo prácticas restrictivas de la competencia prohibidas en el artículo 2 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (en adelante LDC) y en el artículo 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.

Por la vía del procedimiento especial de protección de los derechos fundamentales de la persona, la hoy recurrente en casación, pidió que se declarase la nulidad de la resolución sancionadora que impone a France Telecom España, S.A. una multa de 29.950.000 euros; se quejaba de la infracción de su derecho fundamental a no ser sancionada si no concurre el requisito de culpa, así como de que se habría producido una vulneración de sus derechos de defensa en el procedimiento administrativo sancionador.

En concreto sostuvo en la instancia, e insiste ahora, en que la resolución recurrida vulneraba el requisito de culpabilidad garantizado en los artículos 25 y 24.2 de la Constitución Española, por imponerle la sanción sin acreditar que hubiese actuado deliberadamente o con negligencia en la comisión de la infracción que se le imputó.

En segundo término entendió la demandante que la resolución administrativa recurrida le había provocado indefensión, por cuanto:

- France Telecom España no había tenido la oportunidad de presentar alegaciones en el procedimiento sancionador frente a la retirada, por parte del Consejo de la CNC, de una circunstancia atenuante que previamente le había sido reconocida expresamente por la Dirección de Investigación de la propia CNC y que de no haber sido rechazada por el Consejo en su resolución habría dado lugar a una importante minoración del importe de la sanción impuesta;

- France Telecom España había visto denegadas en sede administrativa por parte del Consejo de la CNC la práctica de tres pruebas por ella propuestas que resultaban decisivas en términos de defensa por su potencial valor exculpatorio. Esas pruebas eran:

1) *Prueba Documental N°6* consistente en la aportación, por parte de TME, de los contratos (de originación y acceso) suscritos por ésta con Yoigo, Fon You, Digimobil, ONO, Tuenti, y cualesquiera otros contratos que hayan suscrito con OMVs, (Operadores Móviles Virtuales) estuvieran o no vigentes.

2) *Prueba Documental N°7* consistente en la aportación, por parte de VODAFONE, de los contratos (de originación y acceso) suscritos por ésta con Yoigo (vigente hasta 2008), Euskaltel, Pepephone y Hits, así como de los contratos suscritos por VODAFONE ENABLER con Eroski Móvil Orbitel, Lebara y BT, y cualesquiera otros contratos que VODAFONE o VODAFONE ENABLER tengan o hayan tenido suscritos con OMVs.

3) *Prueba Documental N°8* consistente en la aportación por parte de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones del saldo neto de terminación de SMS (“*Short Messaging System*”)/MMS (“*Multimedia Messaging System*”) de los Operadores Móviles Virtuales (en adelante, OMV) frente a los Operadores Móviles de Red (en adelante, OMR) en cada uno de los años 2004 a 2009.

**SEGUNDO.-** En casación la entidad France Telecom España, S.A. nos trae a colación estas mismas quejas, formulando para ello, con una técnica en la que se aprecian deficiencias, cinco motivos distintos.

El primero de ellos se articula por la vía del artículo 88.1 c) de la LRJCA e imputa a la sentencia de la Audiencia Nacional un vicio de incongruencia por omisión de pronunciamiento; los cuatro restantes se quejan (por la vía del artículo 88.1 d) de la LRJCA) de lesiones de los derechos reconocidos en los artículo 24.2 CE en relación con el 25 de la Norma Fundamental, al entender que la sentencia confirma la resolución

de la CNC sin motivar la concurrencia de culpa o negligencia (motivos segundo y tercero). Aquí se aprecia deficiencia en la técnica de casación, en cuanto los motivos segundo y tercero insisten en las mismas cuestiones que se plantearon en el primero.

El motivo cuarto denuncia infracción de los derechos del artículo 24 CE, al confirmar la sentencia una resolución que se dice agravó la calificación jurídica de la propuesta de resolución sin dar trámite de alegaciones a la recurrente (motivo cuarto) y confirmar la sentencia una resolución que denegó tres pruebas potencialmente exculpatorias en relación con la existencia de posición dominante colectiva (motivo quinto), pruebas que han quedado recogidas en el fundamento de derecho primero de esta sentencia.

No se pide que procedamos a integrar los hechos admitidos como probados por el Tribunal de instancia (artículo 88.3 LRJCA) y se incurre, como diremos, en el defecto de alterarlos en forma expeditiva, sin emplear, desde luego, el cauce de casación basado en errónea apreciación de la prueba existente para ello en la interpretación jurisprudencial de la LRJCA.

**TERCERO.-** Entrando ya en el examen del primer motivo, formulado como se ha anticipado al amparo del artículo 88.1 c) de la LRJCA, observamos que se queja en él la entidad recurrente de una supuesta infracción de las normas reguladoras de la sentencia.

Se sostiene que la sentencia de la Audiencia Nacional habría infringido el artículo 24 de la Constitución en la medida en que incurrió en el vicio de omitir pronunciarse sobre la infracción del artículo 25 de la Constitución, esgrimida en la demanda de instancia.

Aduce que la primera impugnación de las que articuló en su demanda de instancia se dividía en dos partes. La primera de ellas protestaba que la resolución sancionadora no motivaba ni mucho menos

acreditaba que concurriese dolo o culpa en la entidad actora. En esta primera parte se alegaba que la resolución de la CNC imponía una multa sin motivar, siquiera en forma sucinta, la concurrencia de dolo o culpa. Esta primera parte del motivo se basaba en una infracción del artículo 24.2 de la Constitución (no especifica de qué derecho en concreto) en relación, dice, con el artículo 25 CE. Todos los argumentos se referían a la obligación de motivar la existencia de culpa o dolo para imponer una sanción económica. Reconoce la recurrente que la Audiencia trata esta parte de su alegato en el fundamento de derecho tercero de la sentencia recurrida.

Pero refiere que la segunda parte de su impugnación se titulaba: “(i.i.) *En todo caso las circunstancias demuestran que no concurre dolo o culpa*”; se queja de que la sentencia no examina esta parte de su impugnación que entiende dirigida al fondo del asunto: esto es, si concurría o no culpa en la conducta de la entidad recurrente. Subraya que su impugnación tenía esos dos ejes que considera de la misma importancia: la ausencia de motivación y el fondo del asunto y que la ausencia de respuesta respecto del artículo 25 de la Constitución es absoluta en la sentencia, por lo que se le habría causado indefensión, máxime cuando se invocaba la vulneración de un derecho fundamental.

Existiría por ello en la sentencia de la Audiencia Nacional una incongruencia por omisión contraria a la tutela judicial efectiva garantizada en el artículo 24 de la Norma Fundamental.

**CUARTO.-** El vicio de incongruencia por omisión de pronunciamiento ha sido tratado en numerosas sentencias de esta Sala [Cfr., por todas la sentencia de 20 de mayo de 2011 (Casación 2792/2007) al respecto]. En lo que interesa a un procedimiento de protección de los derechos fundamentales es obvio que la garantía de congruencia de la resolución jurisdiccional que garantizamos (ex artículo 88.1 c) LRJCA) debe estar en obligada sintonía con la garantía que otorga el Tribunal Constitucional para casos de incongruencia [Cfr.,

sentencia de esta Sala de 25 de enero de 2011 (Casación 5318/ 2006)]. Debemos exigir, desde luego, que se otorgue respuesta no sólo a las pretensiones formuladas sino también a las denominadas "*alegaciones sustanciales de las partes*" en garantía de que se preste el derecho fundamental a una tutela judicial efectiva (del artículo 24.1 CE), ateniéndonos así a lo que también declara el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Sentencias Ruiz Torija c. España e Hiro Balani c. España, de 9 de diciembre de 1994).

**QUINTO.-** Hay que dar la razón al contrarrecurso del Abogado del Estado cuando precisa: a) que para responder a la queja de este primer motivo es obligado estar al relato de hechos probados, que son inasequibles a toda revisión en casación, máxime cuando se trata en el caso de un motivo del artículo 88.1 c) de la LRJCA; y b) que tampoco es factible negar que la motivación de la sentencia pueda extraerse de la resolución administrativa sancionadora recurrida en la instancia. Recordemos, por nuestra parte, que una abundante jurisprudencia constitucional admite la motivación "*in aliunde*" [Cfr., nuestra sentencia de 17 de febrero de 2012 (Casación 6316/2010)] y que esta Sala la considera admisible en materia de derechos fundamentales cuando, como ocurre aquí, la remisión se hace con una técnica adecuada y contiene argumentos claros y comprensibles que conocen sobradamente las empresas de telefonía que también han sido partes en múltiples procesos anteriores [(Cfr., sentencia de 17 de febrero de 2012 (Casación 6316/2010)] o que se presume deben conocer por tratarse de resoluciones notorias para todas las empresas del sector al que pertenecen esas empresas [sentencia de 28 de marzo de 2014 (Casación 292/2013)].

La motivación de la sentencia de la Audiencia Nacional tiene, con estas premisas, un razonamiento impecable y da una respuesta proporcionada y congruente a los alegatos que la entidad recurrente nos dice que ha planteado en el primer alegato de impugnación de su escrito de demanda.

Al tratarse de un proceso de protección de derechos fundamentales procede que entremos en un análisis de detalle de estos extremos.

**SEXO.**- Razona la sentencia de instancia, en su respuesta a este motivo de la demanda, que: *«la muy extensa y ciertamente prolija resolución»* (administrativa) *“contiene una fundamentación según la cual queda acreditada la existencia de una conducta típica (artículo 2 LDC ) por aplicar precios excesivos por los servicios mayoristas de mensajes de telefonía móvil; particularmente, en los mercados de terminación y de acceso y originación; advirtiéndose con claridad que la responsable de la misma, en los términos de concurrencia de culpa exigida por la referida normativa administrativa, es la entidad recurrente, junto a los otros dos operadores también sancionados”*. Transcribe a continuación el fragmento de la resolución sancionadora que hemos recogido literalmente en el antecedente de hecho tercero de esta sentencia, y, antes de hacer suyo el fundamento jurídico noveno de la misma -que trata de la ilicitud de la conducta- se detiene introduciéndolo con estas importantes palabras: *«La propia resolución considera presente el requisito de la culpabilidad en los siguientes términos»* (sic).

Añade, en fin la sentencia recurrida, que *«El minucioso análisis llevado a cabo en la resolución impugnada sobre todos y cada uno de los elementos de la conducta sancionada, y no sólo del subjetivo (culpabilidad), impide aceptar la tesis propuesta por la actora, a quién en todo momento se le reconoce el derecho a proteger sus intereses comerciales; pero el reproche efectuado en la propia resolución, tal y como se razona en ella, va dirigido al comportamiento de abuso de posición dominante en detrimento, en última instancia, de los consumidores»*. Tras este razonamiento la sentencia hace mérito de los §§125 y 126 de la STJUE de 10 de julio de 2008 (Asunto C-423/06/P) y finaliza su razonamiento en la siguiente forma: *«En conclusión, el conjunto de elementos tomados en consideración en la resolución*

*impugnada van ligados a la voluntad como elemento de la culpabilidad. No es exigible -como bien se dice por el Ministerio Fiscal- un dolo más específico, como sería el de atentar contra la libre competencia que, sin embargo se asume, sin ser obstáculo para llevar a cabo la acción. De ello deriva la desestimación del primero de los motivos de recurso».*

De la transcripción detallada de estos extremos de la sentencia resulta que la misma sí contiene una respuesta concreta y expresa a lo que se plantea en el motivo de casación como fondo del asunto y sobre la concurrencia de una conducta imputable a la recurrente a título de culpa.

Esa circunstancia sirve para rechazar, por inconsistencia, el vicio de incongruencia por omisión que se denuncia. Aunque no sea del agrado de la entidad recurrente hay respuesta en la sentencia recurrida y, como hemos afirmado repetidas veces, cuando hay respuesta, cualquiera que sea, no hay omisión de pronunciamiento [Por todas, sentencia 6 de mayo de 2011 (Casación 3284/2007)].

Se desestima el primer motivo.

**SÉPTIMO.-** La propia entidad recurrente muestra ser consciente de que ha existido una respuesta porque dedica el motivo segundo de casación a criticar el supuesto desacierto de lo que afirma la sentencia sobre la cuestión que antes ha censurado como omitida, volviendo a plantear la misma cuestión, ahora por la vía del artículo 88.1 d) de la LRJCA.

Sostiene la recurrente en su motivo segundo que la resolución de la CNC y la sentencia habrían infringido su derecho a la presunción de inocencia (que reconoce el artículo 24.2 CE) en relación, dice, con el artículo 25 de la Constitución por confirmar una resolución del Consejo Nacional de la Competencia que imputa una infracción a la recurrente y le impone una sanción -que sería la sexta multa más elevada de la historia



de España en materia de competencia (29.950.000 euros)- sin dedicar ni una sola palabra a motivar la concurrencia de dolo o culpa. Alega el motivo segundo de casación que la sentencia transcribe a este respecto el fundamento noveno de la resolución administrativa recurrida, que se refiere a la ilicitud de la conducta, afirmando que se contiene en él la motivación de la culpabilidad, pero que dicho fundamento no contiene una motivación específica sobre dicha culpabilidad, sino únicamente un análisis sobre la ilicitud de la conducta. Se queja de que tampoco sirve a estos efectos referirse, como concluye la sentencia, "*al conjunto de elementos tomados en consideración en la resolución impugnada*" para entender que ha habido una acción culpable, ya que, al hacerlo, se vacía de contenido la obligación de incluir una motivación específica sobre la culpabilidad en la resolución sancionadora. Tampoco cabría, en fin, aplicar un sistema de responsabilidad objetiva, como se hace al reproducir el abuso de posición de dominio como un concepto objetivo, porque sería preciso siempre incluir un elemento subjetivo del que se derive la comprobación de que existe dolo o culpa a efectos de una sanción: La ilicitud de la conducta, concluye, es una cuestión distinta y separada de la culpabilidad.

**OCTAVO.-** Hemos dicho en forma reiterada que la expresión del motivo en el escrito de interposición del recurso de casación no es una mera exigencia rituarial desprovista de sentido, sino un elemento determinante del marco dentro del que ha de desarrollarse la controversia y en torno al que nuestra sentencia debe pronunciarse en un recurso limitado, como es la casación. Por ello resulta inapropiado fundar una misma infracción simultáneamente en varios de los apartados del artículo 88.1 de la Ley de este orden jurisdiccional, que tipifican motivos de casación de diferente naturaleza y significación [por todas, sentencias de 25 de septiembre de 2012 (Casación 2887/2009), 2 de febrero de 2012 (Casación 673/2008) ó de 3 de noviembre de 2011 (Casación 571/2009)]. El motivo bien pudo ser inadmitido en su momento. No obstante vamos a proceder a su examen, por las circunstancias procesales de este recurso, que se han recogido en los antecedentes.

Comparte la Sala el razonamiento de la sentencia de la Audiencia Nacional, que no desconoce en ningún momento que sea necesario apreciar culpabilidad en la entidad que ahora recurre, no confunde ésta con la ilegalidad de la conducta y no aprecia, en fin, que exista una responsabilidad objetiva. Afirma por el contrario (FJ 3 in fine) que “*el conjunto de elementos tomados por la resolución impugnada van ligados a la voluntad como elemento de la culpabilidad*” (sic), por lo que la censura que se le formula resulta infundada.

El principio de culpabilidad es un principio estructural básico del “*ius puniendi*” del Estado según la Constitución de 1978 [por todas, STC 57/2010, de 4 de octubre, (FJ 9)], y es compatible con la responsabilidad delictual de las personas jurídicas (“*societas delinquere et puniri potest*”, conforme al artículo 31 bis del CP) y con la posibilidad de imponer sanciones administrativas a las mismas [Cfr., por todas, STC 129/2003, de 30 de junio (FJ 8)].

En el caso de infracciones administrativas cometidas por personas jurídicas no se suprime el elemento subjetivo de la culpa pero el mismo se debe aplicar de forma distinta a como se hace respecto de las personas físicas. Recuerda el Auto del Tribunal Constitucional 193/2007, de 26 de marzo, que esa construcción distinta de la imputabilidad de la autoría de la infracción a la persona jurídica nace de la propia naturaleza de *ficción jurídica* a la que responden las personas jurídicas. Falta en ellas el elemento volitivo en sentido estricto pero no la capacidad de infringir las normas a las que están sometidas. Esa capacidad de infracción conduce a la *reprochabilidad directa* que deriva del bien jurídico protegido por la norma que se infringe y de la necesidad de que dicha protección sea realmente eficaz.

Así se ha afirmado en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional desde la capital STC 246/1991 de 19 de diciembre. La responsabilidad a efectos sancionadores de las personas jurídicas existe sin que por ello

abandone el Alto Tribunal el elemento de la culpa, necesario en nuestro Estado de Derecho. El principio de culpabilidad no impide que el Derecho Administrativo admita la responsabilidad directa de las personas jurídicas, reconociéndoles capacidad infractora. Esto no significa, en absoluto, que para el caso de las infracciones administrativas cometidas por personas jurídicas se haya suprimido el elemento subjetivo de la culpa, sino simplemente que ese principio se ha de aplicar necesariamente de forma distinta a cómo se hace respecto de las personas físicas.

Esta construcción distinta de la imputabilidad de la autoría de la infracción a la persona jurídica nace de la propia naturaleza de ficción jurídica a la que responden estos sujetos en la que no falta la capacidad de infringir las normas a las que están sometidos. En este caso la sentencia recurrida ha declarado probado que en la estructura del mercado de red móvil -que analiza remitiéndose a la pormenorizada resolución sancionadora- la entidad recurrente ostenta, con las otras dos operadoras también sancionadas, una posición de dominio en los mercados de servicios mayoristas de terminación de mensajes cortos, en los que son monopolistas; que se dan en ese mercado, en el periodo considerado, los elementos estructurales que facilitan que los operadores tengan el incentivo y la capacidad de alinear sus comportamientos en detrimento del funcionamiento competitivo del mercado y en perjuicio de los consumidores; que se ha demostrado una alineación de comportamientos que reduce la competencia respecto a sus ofertas comerciales a los OMV y que los sancionados tenían una falta de interés por competir que resulta demostrada, por *gran cúmulo de datos* y, entre ellos, por el hecho de que hasta que la CMT no les obligó no ofertaron estos servicios y que han practicado unos precios excesivos de originación sin que exista justificación objetiva del carácter abusivo de la conducta que se sanciona. El alineamiento ilegal de estrategias competitivas en el mercado de accesos y de originación mayorista revela su posición de dominio colectiva y *una intencionalidad* de la conducta de la recurrente, que ha mantenido unos precios excesivos y desproporcionados no sólo respecto de los costes de cada operador sino

también respecto al resto de referencias que se han empleado como término de comparación y que, en este sentido, resultan inequitativos.

La Sala considera plenamente acertada la respuesta que ha dado a estos problemas la sentencia de la Audiencia Nacional, de que se ya ha hecho mérito al examinar el primer motivo, lo que conduce a desestimar el motivo segundo.

**NOVENO.-** Se fundamenta el tercer motivo [también al amparo del artículo 88.1.d) de la LRJCA] en que la sentencia recurrida habría infringido el artículo 25 de la Constitución al confirmar una resolución que impone una sanción de 29.950.000 euros a pesar de que en la conducta, se asevera de nuevo, no concurría ni dolo ni culpa. Se sostiene que la recurrente actuó de buena fe basándose en una interpretación razonable de la legislación de la competencia; aplicar precios más bajos habría sido una conducta irracional, lo que no resultaría exigible empresarialmente, de acuerdo con el artículo 38 de la CE.

Sostiene, en síntesis, el tercer motivo que existía un conjunto de precedentes de las autoridades sectoriales y de la competencia que habrían permitido a France Telecom España entender que su conducta era compatible con el artículo 2 de la Ley de Defensa de la Competencia y con el artículo 102 del TFUE. Se protesta que, de acuerdo con esos precedentes, France Telecom España no estaba en posición de dominio en ninguno de los mercados relativos a la telefonía móvil y se traen a colación –como ya se hizo en instancia- un informe del Servicio de Defensa de la Competencia de 29 de agosto de 2005; un Acuerdo del Antiguo Servicio de la Competencia de 4 de febrero de 2005 y otros actos adoptados por las autoridades de la competencia y sectorial que llevarían a concluir que FT España actuó de buena fe, no hizo abuso de su posición de dominio y que el artículo 25 de la CE debe interpretarse a la luz del artículo 38 de la misma y que no puede existir culpa cuando la conducta alternativa que se deriva de la resolución de la CNC sería irracional desde un punto de vista económico. El comportamiento exigido

a la recurrente es económicamente irracional e incluso suicida desde el punto de vista empresarial, por lo que solo cabría entender que la recurrente actuó sin culpa al aplicar los precios mayoristas de terminación.

**DÉCIMO.-** No puede prosperar la queja. Para demostrar estos asertos el motivo incurre claramente en el defecto de hacer supuesto de lo que es en realidad la cuestión que se plantea. Como hemos dicho [(por todas, Sentencia de 24 de noviembre de 2011 (Casación 6030/2007)] los motivos tasados del recurso extraordinario de casación no pueden fundamentarse en simples alegaciones subjetivas de extremos que no aparecen declarados ni probados en la sentencia que se recurre. Cuando así se intenta, para sustituir el criterio valorativo de la Sala de instancia por el propio del recurrente, se hace supuesto de la cuestión planteada, lo que es inadmisibles en el recurso extraordinario de casación. Se parte de que no existe una valoración subjetiva del título de imputación, lo que no es cierto como ya se ha razonado.

La imputación a la entidad recurrente ha sido concreta y precisa y se fundamenta en hechos probados, que son inasequibles a la casación, máxime en un motivo articulado en la forma que se acaba de expresar.

El alegato de que existió buena fe en la conducta de la recurrente determinada, se dice, por la ausencia de precedentes de persecución de conductas de abuso de posición de dominio y en la imposibilidad empresarial de bajar precios no puede admitirse sin limitar una potestad como la sancionadora, que -como con acierto alega el Ministerio Fiscal- es irrenunciable, y no se encuentra sometida al principio de oportunidad o a la discrecionalidad de la CNC. Todo ello sin olvidar que la queja parece plantear una hipotética lesión del principio de igualdad (artículo 14 CE) que, como *cuestión nueva*, no sería admisible en un *recurso limitado* como el de casación, en el que no cabe ampliar el debate de instancia, sino criticar las infracciones que, en su caso, pueda haber cometido la sentencia. Además de las sentencias citadas en la sentencia recurrida, la

STJUE de 2 de abril de 2009 (C 202/07/ P) *Asunto France Telecom c. Comisión* señala que la posición dominante atañe a una situación de poder económico en que se encuentra una empresa y que permite a ésta impedir que haya una competencia efectiva en el mercado de referencia, confiriéndole la posibilidad de comportarse con un grado apreciable de independencia frente a sus competidores, sus clientes y, finalmente, los consumidores. En este contexto la Unión Europea, al prohibir la explotación abusiva de una posición dominante en el mercado en la medida en que pueda afectar al comercio entre los Estados miembros, impide los comportamientos que puedan influir en la estructura de un mercado donde la competencia está ya debilitada, en razón precisamente de la presencia de la empresa en cuestión y que tienen por efecto impedir, por medios distintos de los que rigen una normal competencia entre productos o servicios sobre la base de las prestaciones de los agentes económicos, el mantenimiento del grado de competencia que aún existe en el mercado o su desarrollo (§§ 103-104) principio que, en el contexto nacional en el que se mueve este caso, resulta aplicable a la queja que aquí se formula.

Decae el tercer motivo.

**UNDÉCIMO.-** El motivo cuarto denuncia que la sentencia habría confirmado una resolución del CNC que habría agravado la calificación jurídica de la propuesta de resolución sin conceder trámite de alegaciones a la empresa sancionada. Se considera que se habrían vulnerado así los derechos de defensa de la recurrente con vulneración del artículo 24 de la Constitución y del principio acusatorio, causándole indefensión [artículo 88.1 d) LRJCA]

Se refiere el motivo a la determinación del importe de la multa e insiste, como ya hizo en instancia, en que los apartados 617 y 618 de la propuesta de resolución, que se transcribirán, señalan que no se aprecian en el caso circunstancias agravantes o atenuantes de las señaladas en los apartados 2 y 3 del artículo 64 de la Ley de Defensa de

la Competencia, pero que –dado que la recurrente está soportando pérdidas en el negocio global de telefonía móvil (aunque no en el de servicios mayoristas y minoristas de mensajes cortos) podrían ser objeto de consideración a la hora de graduar las sanciones.

Se sostiene en el motivo que la lista de atenuantes del artículo 63.3 de la LDC no es una lista cerrada pero que la CNC rechazó aplicar la atenuante propuesta sin dar trámite de audiencia a la recurrente infringiendo así –sostiene- la tutela judicial efectiva garantizada por el artículo 24 CE. También se habrían vulnerado sus derechos de defensa Invoca la doctrina, entre otras, de la sentencia de la Sección Segunda de esta Sala de 3 de noviembre de 2003 (Casación 4896/2000).

El apartado VII de la propuesta de la Dirección de Investigación en lo relativo a la determinación del importe de la multa, que aquí interesa y que la propia recurrente trae a colación en sus apartados 617 y 618, dice así:

*"(608) Por las razones señaladas en los epígrafes anteriores, la Dirección de investigación considera a TME, VODAFONE y ORANGE responsables cada uno de ellos de una infracción única y continuada de los artículos 2 LDC y 102 TFUE, sin que se haya constatado la existencia de justificaciones objetivas para su conducta.*

*(609) A juicio de la Dirección de Investigación, TME, VODAFONE y ORANGE han incurrido en una infracción muy grave, 'conforme a lo previsto en el artículo 62.4.b) de la LDC pues disponen de una posición de monopolio (o cuasimonopolio) individual o colectivo en los mercados mayoristas y minoristas de mensajes cortos afectados.*

*(610) Así, estos tres operadores cuentan con una cuota de mercado individual del 100% en los mercados mayoristas de terminación de mensajes cortos SMS y MMS en cada una de sus redes y de un cuota conjunta del 100% en los mercados mayoristas de acceso y originación de SMS y MMS, en los que se habrían producido las conductas. Asimismo, estos tres operadores cuentan con una cuota conjunta de mercado superior al 95% en términos de ingresos en el conjunto de servicios relacionados con la telefonía móvil y, en particular, en los mercados minoristas de SMS y MMS de ámbito nacional, cuota que era del 100% antes de octubre de 2006.*

(611) *Por este motivo, conforme al artículo 63.1.c) de la LDC , la sanción a imponer a TME, VODAFONE y ORANGE no podrá superar el 10% del volumen de negocios de cada una de ellas en el ejercicio inmediatamente anterior al de imposición, en su caso, de la multa. En este caso, este ejercicio probablemente sería 2011, que todavía no se ha cerrado en la fecha de elaboración de la presente propuesta de resolución.*

(612) *En lo que se refiere a la concurrencia de las circunstancias señaladas en el párrafo 1 del artículo 64 procede señalar lo siguiente.*

(613) *Las conductas analizadas en el presente expediente han afectado a diferentes mercados minoristas y mayoristas con una relevancia económica y social importante. Como se ha recogido en diferentes apartados del PCH y de la presente propuesta de resolución, los mercados mayoristas y minoristas de mensajes cortos SMS y MMS analizados ha representado un volumen de negocio sostenido por encima de los 1.400 millones de euros anuales. También es de destacar que se han visto afectados todos los usuarios de los mercados minoristas de SMS y MMS, lo que alcanza virtualmente a la práctica totalidad de la población y las empresas españolas, dadas las altas tasas de penetración de estos servicios de telefonía móvil.*

(614) *En el PCH y en la presente propuesta se han recogido las características y estructura del sector global de la telefonía móvil y de los diferentes mercados de referencia analizados en este procedimiento, poniéndose de manifiesto de manera resumida dichas características en el párrafo 476 del PCH donde se destaca que el sector de la telefonía móvil se caracteriza por tener un carácter marcadamente oligopolístico y en concreto, por (i) barreras a la entrada significativas; (ii) productos homogéneos; (iii) oferta: concentrada en un reducido número de operadores; (iv) estructura de precios Caracterizada por subvenciones cruzadas entre diferentes servicios; (y) falta de poder compensatorio de la emanada; y (vi) elevada transparencia de políticas comerciales.*

(615) *Como se ha recogido de manera detallada en el PCH y en la presente propuesta, la actuación de TME, VODAFONE y ORANGE presenta una especial gravedad, puesto que se desarrolla en un contexto en el cual la competencia en el sector de telefonía móvil es bastante limitada.*

(616) *De la misma manera, la infracción resultaría especialmente grave atendiendo a la larga duración de las prácticas señaladas, y el alcance de sus efectos explotativos sobre usuarios finales de servicios de mensajes cortos de ámbito nacional, y de efectos explotativos, y exclusionarios sobre los competidores de TME, VODAFONE y ORANGE. En particular, el elevado nivel de los precios minoristas de estos servicios, puesto de manifiesto en las comparativas internacionales aportadas, y su rigidez en el tiempo pese a las*



*importantes economías de escala existentes, habrían "causado un perjuicio económico significativo al conjunto de usuarios finales, agravado por la extensión y demanda de estos servicios.*

*(617) No se aprecian en el presente caso la concurrencia de las circunstancias agravantes o atenuantes señaladas en los apartados 2 y 3 del artículo 64 de la LDC.*

*(618) No obstante, como ya se ha recogido en párrafos precedentes, las diferencias en cuanto a los costes y márgenes de ORANGE en el negocio global de telefonía móvil respecto a TME y VODAFONE, dado que ORANGE está soportando pérdidas en dicho negocio global de telefonía móvil (aunque no en el conjunto de servicios mayoristas y minoristas de mensajes cortos), podrían ser objeto de consideración a la hora de graduar las sanciones que pudieran ser impuestas”*

Se puede apreciar que la DI excluye en primer lugar (§ 617) que concurra ninguna de las atenuantes previstas en el apartado 3 del artículo 64 de la LDC y en el apartado siguiente no incluye una calificación sino una simple sugerencia, que no afecta a los servicios de mensajes cortos objeto de sanción. Por ello no podemos aceptar la pretendida existencia de una imputación sorpresiva, ni la imposibilidad de modificar la defensa ante una nueva imputación o un cambio en las circunstancias determinantes del importe de la sanción que pudieran justificar la aplicación del artículo 51.4 LDC que postula el motivo.

La queja es inconsistente y tampoco puede prosperar. No hay que olvidar que el procedimiento de derechos fundamentales obliga a considerarla desde la perspectiva estricta de que se hayan vulnerado, o no, las garantías del principio acusatorio con resultado de indefensión, como se alega, sin que debamos pronunciarnos sobre la cuestión de legalidad ordinaria de si procede o no graduar el monto de la sanción.

Basta para desestimar el motivo reiterar lo que razona con acierto la sentencia de instancia sobre esta cuestión: *“No ha existido el pretendido cambio de calificación jurídica por el Consejo -Resolución- respecto de lo señalado por la Dirección de Investigación -Propuesta de Resolución- que determine la necesidad de un trámite de audiencia con*

*arreglo a lo dispuesto en el artículo 51.4 de la LDC y 20.3 del Real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto, por el que se aprueba el Reglamento del Procedimiento para el ejercicio de la potestad sancionadora". Y es que no hubo en el caso una imputación por sorpresa o variación de las circunstancias. La DI se limitó a decir que podrían (subrayado nuestro) ser objeto de consideración -a la hora de graduar las sanciones-determinadas circunstancias pero no reconoció la concurrencia de atenuante alguna que obligase a la reducción de la multa. No postuló atenuación ni hubo propuesta alguna de menor sanción o reducción de ésta por lo que la recurrente no puede sentirse indefensa por un supuesto cambio de calificación inexistente. La recurrente transmuta hábilmente una simple sugerencia por lo que sostiene que sea un cambio en la calificación pero, al no existir esta última, su alegato carece de relieve a los efectos constitucionales de la queja que formula.*

No ha habido un pronunciamiento del órgano instructor del expediente sancionador que, por el juego del principio acusatorio y respecto al derecho de defensa, obligara al órgano llamado a resolver a dar traslado a la empresa para que se pronunciara sobre la procedencia o improcedencia de su aplicación. La jurisprudencia que se invoca es claramente inaplicable a este caso. Y, frente a la propuesta de resolución pudo alegar, y alegó, la recurrente sobre la cuestión por lo que la queja de indefensión material también es inconsistente.

El motivo debe ser desestimado.

**DUODÉCIMO.-** El motivo quinto, y último, alega vulneración del artículo 24 de la CE, porque se denegaron a la empresa recurrente tres pruebas potencialmente exculpatorias, que se han recogido en el fundamento primero de esta sentencia, causando indefensión.

Debemos precisar que el procedimiento especial para la protección de los derechos fundamentales de la persona del Capítulo I del Título V de la LRJCA no es ajeno a la práctica de prueba y que en

que el proceso “*a quo*” no se dejó de practicar prueba alguna, ya que el Auto de la Sala de 26 de abril de 2013 acordó admitir toda la prueba documental propuesta por la entidad recurrente en el *otrosí* de su escrito de demanda, limitándose ésta a tener por unido al ramo de prueba de la recurrente el expediente administrativo y los documentos adjuntos a demanda.

La queja en este motivo repite la que ya se formuló ante la Audiencia Nacional, respecto de la omisión de la práctica de las tres pruebas de referencia en el procedimiento administrativo sancionador. En tales términos, frente a lo que objeta el Abogado del Estado, el motivo se formula correctamente al amparo del artículo 88.1 d) de la LRJCA pero - articulado así por voluntad de la entidad recurrente- el debate se ciñe a enjuiciar la doctrina que la Audiencia Nacional aplica para razonar la irrelevancia de la denegación de las pruebas no practicadas en el procedimiento sancionador.

La doctrina de la Sentencia recurrida es correcta y resulta obligado observar que la sentencia impugnada en esta casación examina en forma muy cuidada, en su Fundamento de Derecho 5º, la jurisprudencia del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional sobre los requisitos necesarios para que la denegación de pruebas tenga relieve y produzca indefensión.

En nuestras sentencias de 26 y 30 de abril de 2012 (Casaciones 6642/2003 y 873/2008) sintetizamos la doctrina constitucional sobre el derecho fundamental a utilizar los medios pertinentes para la defensa (artículo 24.2 CE), como las resumió la STC 94/2007, de 7 de mayo.

En lo que ahora resulta pertinente procede recordar: a) Que el derecho a la prueba es un derecho fundamental de configuración legal; b) Que este derecho no tiene, en todo caso, carácter absoluto o, expresado en otros términos, no faculta para exigir la admisión de todas las pruebas que se puedan proponer sino que atribuye únicamente el derecho a la

recepción y práctica de aquéllas que sean pertinentes, debiéndose motivar razonablemente la denegación de las pruebas propuestas y c) Que no toda irregularidad u omisión procesal en materia de prueba (referida a su admisión, a su práctica o a su valoración) causa por sí misma una indefensión material relevante a efectos del recurso de amparo. El dato esencial para que pueda considerarse vulnerado el derecho fundamental consiste en que las irregularidades u omisiones verificadas, en caso de que lo sean, hayan supuesto una indefensión efectiva, toda vez que la garantía constitucional contenida en el art. 24.2 de la CE únicamente cubre aquellos supuestos en los que *la prueba es decisiva en términos de defensa*, puesto que, de haberse practicado la prueba omitida, o si se hubiese practicado correctamente la admitida, la resolución final hubiera podido ser distinta en el sentido de ser favorable a quien denuncia la infracción del derecho fundamental. La prueba denegada o no practicada ha de ser decisiva en términos de defensa, debiéndose justificar precisamente por el que se queja la indefensión que ha sufrido. Esta última exigencia de acreditación de la relevancia de la prueba denegada se proyecta en un doble plano: por un lado, el recurrente ha de demostrar la relación entre los hechos que se quisieron y no se pudieron probar y las pruebas inadmitidas o no practicadas; y, por otro lado, ha de argumentar el modo en que la admisión y la práctica de la prueba objeto de la controversia habrían podido tener una incidencia favorable a la estimación de sus pretensiones.

A este respecto debemos dar la razón a la sentencia recurrida cuando razona que la queja que se reitera en esta casación afecta a tres pruebas que no iban encaminadas a probar hechos, sino a privar de validez a otras pruebas y que de ellas sólo se denegaron dos (referentes a la aportación de contratos de origen y acceso suscritos por los TME y Vodafone con diversos OMV y saldo neto), accediéndose a la práctica de la tercera (por razones de eficacia, que entendemos obvias) de una forma distinta a la propuesta. Pondera la Audiencia Nacional que no se ha razonado de forma satisfactoria -tampoco se ha hecho en esta casación- que la resolución del procedimiento hubiera sido estimatoria en caso de

haberse practicado como pidió la recurrente y subraya que la denegación de las tres pruebas se hizo en una forma razonada, que estima suficiente.

Esta Sala comparte plenamente la respuesta judicial que ha ofrecido la sentencia recurrida. Si nos atenemos a la resolución relativa a la transparencia no nos convence el alegato de que el resultado de esas pruebas habría servido para modificar el sentido de la resolución y, desde luego, no se desvirtúa el razonamiento de la sentencia recurrida en un motivo de casación que se limita a reiterar e insistir en los mismos argumentos vertidos en instancia y en el que no se demuestra, en modo alguno, que haya habido una indefensión constitucionalmente relevante.

Lo expuesto es suficiente para desestimar este quinto motivo.

**DECIMOTERCERO.-** Al no dar lugar a ninguno de los motivos procede desestimar el recurso de casación.

A tenor de lo establecido por el artículo 139.2 de la LRJCA procede imponer las costas a la parte recurrente.

A tal efecto, la Sala, haciendo uso de la facultad reconocida en el artículo 149.3 LRJCA, establece como cifra máxima a que asciende la imposición de costas, y por todos los conceptos, la de siete mil euros (7.000 €). Se acomoda dicha cifra a la adoptada en otros precedentes dada la cuantía del asunto, la complejidad y extensión de los argumentos esgrimidos y el esfuerzo que ello supone a la bien fundamentada oposición al recurso.

De dichas costas se ha de beneficiar únicamente la parte a la que representa y defiende el Abogado del Estado, ya que la otra entidad recurrida y comparecida en el rollo no se ha opuesto a esta casación.

En atención a lo expuesto,

## **FALLAMOS**

Que no ha lugar al recurso de casación, interpuesto por France Telecom, S.A. contra la sentencia dictada el 31 de octubre de 2013 por la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional recaída en el recurso 1/2013 e imponemos a la parte recurrente las costas del presente recurso de casación en los términos señalados en el último de los fundamentos jurídicos.

Así por esta nuestra sentencia, definitivamente juzgando lo pronunciamos, mandamos y firmamos

***TRIBUNAL SUPREMO***  
***Sala de lo Contencioso-Administrativo***

---

***VOTO PARTICULAR***

**VOTO PARTICULAR** que formula el Magistrado Excmo. Sr. Don José Díaz Delgado a la sentencia de veintidós de mayo de dos mil quince, recaída en el recurso número 95/2014.

Con el máximo respeto al voto mayoritario de la Sala discrepo de la sentencia recurrida por los siguientes motivos:

**PRIMERO.-** Como sostiene el fundamento jurídico primero de la sentencia, el recurrente sostuvo en la instancia y reitera ahora en los motivos de casación que la resolución impugnada vulnera los artículos 25 y 24.2 de la Constitución, por imponerle la sanción sin acreditar que hubiese actuado deliberadamente o con negligencia en su comisión y por otra parte alegaba indefensión por cuanto la recurrente no había tenido la oportunidad de presentar alegaciones frente a la retirada de una circunstancia atenuante que previamente le había sido reconocida por la Dirección de Investigación, que de haber sido tomada en cuenta en la resolución hubiera supuesto una evidente rebaja de la sanción. Al mismo tiempo alega que le habían sido denegadas en vía administrativa las pruebas solicitadas para demostrar la inexistencia de culpa en su conducta, a que se refiere dicho fundamento jurídico.

**SEGUNDO.-** Discrepo de la sentencia en tanto rechaza los motivos relativos a la vulneración del principio de culpabilidad. La sentencia se remite, reproduciéndola a la resolución administrativa, pero de su lectura, que se transcribe en la sentencia recurrida, no puede deducirse a mi juicio la existencia de culpabilidad, sino que la recurrente esta en una posición de dominio, junto a otras dos entidades mercantiles, en un mercado en origen que desde 2006 esta abierto. Sin embargo a mi juicio no se acredita que como exige la normativa aplicada para sancionarle esa situación de dominio sea abusiva, ni en cuanto al precio en origen, que no se compara con el que virtualmente se

considera justo, ni por otra parte se desprende la existencia de una colusión entre las empresas, ya que la misma resolución reconoce que los previos en origen que se cobran por las tres empresas no coinciden. En consecuencia a mi juicio la sanción se basa en meras conjeturas genéricas, que por otra parte se contradice con la inexistencia de actividad alguna en contra de estas empresas en ejercicios anteriores. Entiendo por ello que los motivos que se refieren a esta falta de acreditación de la culpabilidad debieron ser estimados.

**TERCERO.-** Igualmente a mi juicio deberían haberse estimados los motivos dirigidos a la posible violación del artículo 24.2, en tanto al recurrente se le denegó la prueba correspondiente a la documental en la que pretendía hacer un análisis de los contratos formalizados con las distintas operadoras, al objeto de demostrar la falta de culpabilidad o dolo en su actuación, e igualmente en cuanto al cambio sin audiencia de la circunstancia que la Dirección de Investigación sostuvo debería ser tenida en cuenta, admitiendo que el resultado de la actividad de la recurrente en el sector sancionado, en su parte minorista, había sido negativo, pues debería habersele dado la oportuna audiencia para poder formular alegaciones sobre la concreta propuesta de resolución.

En consecuencia, entiendo que el recurso debía haberse estimado y haberse dictado otra sentencia que estimara el recurso contencioso-administrativo,



**PUBLICACIÓN.-** Leída y publicada fue la anterior Sentencia por el Excmo. Sr. Magistrado Ponente en estos autos, estando celebrando audiencia pública, la Sala Tercera del Tribunal Supremo, lo que como Secretario certifico.-